



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Nascer por Engano:
***As Wrongful Life Actions* e o Regime da**
Responsabilidade Civil Português

Luís Miguel Borges Monteiro Neiva Marques

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Nascer por engano:
***As Wrongful Life Actions* e o Regime da**
Responsabilidade Civil Português

Luís Miguel Borges Monteiro Neiva Marques

Orientador: Professor Doutor Agostinho Guedes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

“Start with what is right rather than what is acceptable.”

- Franz Kafka

Agradecimentos

Aos meus pais, que sempre acreditaram em mim, mesmo quando eu já não merecia crédito.

Aos meus irmãos, que por verem em mim um exemplo me levam a ser melhor pessoa.

À Inês, que vê em mim qualidades que nem sempre consigo demonstrar.

Ao Professor Agostinho Guedes, pela orientação, conselhos, sugestões e críticas na realização desta dissertação.

À D.^a Rosa Lina, pela disponibilidade incondicional ao longo do meu percurso académico.

Por fim, à Universidade Católica Portuguesa, casa a que quereirei sempre voltar um dia.

Resumo

Neste trabalho, iremos abordar a temática das *wrongful life actions* (ações de vida indevida) e o seu lugar no regime da responsabilidade civil do ordenamento jurídico português. Este tipo de ações – provindas da conjugação da evolução da ciência médica e da tecnologia (nomeadamente, no campo da medicina pré-natal) com a maior exigência por parte do paciente perante a prestação de serviço médico – envolve uma discussão onde o Direito e a Ética se parecem tocar e por tal motivo divide doutrina e jurisprudência um pouco por todo mundo. Este estudo começará com a apresentação das várias ações que compõe as denominadas *wrongful actions*, seguindo-se uma análise jurisprudencial sobre os casos mais marcantes no seio das *wrongful life actions*. Posteriormente, analisaremos este tipo de ações à luz das regras de responsabilidade civil do nosso código civil, procurando dar a nossa opinião sobre um tema tão complexo e que tanto tem dado que falar.

Palavras Chave: *Wrongful Life Actions*, Responsabilidade Civil Médica.

Abstract

In this paper, we will address the topic of wrongful life actions and their place in the civil liability regime of the Portuguese legal system. This type of claim – result of the combination of the evolution of medical science and technology (notably in the field of prenatal medicine) and the increased number of patients demanding better medical services - involves a discussion where Law and Ethics seem to collide and for that reason it divides doctrine and jurisprudence around the world. This study will begin with the presentation of the various actions that make up the so-called wrongful actions, followed by a judge-made law analysis of the most striking cases within the wrongful life actions. Subsequently, we will analyze these actions under the Portuguese Civil Code rules on civil liability, trying to give our opinion on such a complex subject that has given so much to talk about.

Key Words: Wrongful Life Actions, Medical Civil Liability.

Índice

1. Introdução	9
2. Conceitos Introdutórios	11
3. Análise Jurisprudencial	15
4. As Wrongful life actions e o Regime da Responsabilidade Civil Português	21
4.1. O Facto do Agente	21
4.2. A Illicitude	22
4.3. A Culpa	26
4.4. O Dano	28
4.5. O Nexo de Causalidade	33
5. Conclusão	36
Bibliografia	38

Abreviaturas

Ac. – acórdão

art. – artigo

BGH – Bundesgerichtshof

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cf. – confrontar

CP – Código Penal

DPN – Diagnóstico pré-natal

DR – Diário da República

EUA – Estados Unidos da América

HR – Hoge Raad

IVG – interrupção voluntária da gravidez

op. cit. – obra citada

p./pp. – página(s)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

1. Introdução

A evolução assistida nas últimas décadas no campo da medicina, com a integração de novas técnicas e tecnologias que vieram a permitir tratamentos mais eficazes e resultados cada vez mais positivos, alteraram de forma drástica a relação médico-paciente: afastou-se a visão paternalista, onde o médico decidia unilateralmente o destino do seu paciente, uma vez que era ele que detinha o conhecimento e a arte capaz de curar, e adotou-se um modelo mais igualitário onde a informação e o poder de decisão cabem não só ao médico, mas também ao paciente. A par disto, a sociedade de informação e comunicação em que hoje vivemos dá a conhecer de uma forma mais facilitada as novas práticas e métodos utilizados na medicina, criando não só uma maior expectativa na pessoa do paciente e dos seus familiares quanto ao sucesso do tratamento, como também, uma maior intolerância para com erros e falhas médicas. Em Portugal, as ações contra os profissionais de saúde têm crescido em número, havendo cada vez mais reclamações, processos disciplinares e judiciais, sendo expectável que continuem a aumentar.

No que concerne à medicina reprodutiva, as novas formas de diagnóstico pré-natal (DPN), a despenalização da interrupção voluntária da gravidez (IVG) e a generalização do acesso à informação fomentaram o aparecimento de novas espécies de ações judiciais: as *wrongful actions*.

Este tipo de ações, desdobra-se em três subtipos a saber: *wrongful conception* e as *wrongful birth* e *wrongful life actions* e são caracterizadas por ter como sujeito ativo os pais e/ou a criança, e como sujeito passivo os profissionais de saúde (médicos, hospitais, laboratórios), tendo como fundamento a violação de deveres compreendidos na relação jurídica estabelecida entre as partes, causando um dano suscetível de ser indemnizado.

Embora não sejam propriamente recentes, as *wrongful actions*, e em especial as *wrongful life actions*, levantam questões que não dizem só respeito ao Direito, mas também à Filosofia, à Ética e à Religião, razão pela qual continuam a causar muita controvérsia junto da jurisprudência e doutrina mundiais, e à qual nós decidimos dar o nosso breve contributo.

Assim nosso trabalho seguirá a seguinte estrutura:

Numa primeira parte serão definidos os conceitos de cada uma das ações que compõem as *wrongful claims* - as *wrongful conception*, as *wrongful birth* e as *wrongful life*. No entanto, será sobre este último tipo de ações que dedicaremos o nosso estudo.

Em segundo lugar, iremos abordar algumas das decisões judiciais mais importantes relativas a *wrongful life actions* noutros sistemas jurídicos, fazendo de seguida menção ao caso português.

A terceira parte do nosso estudo incidirá sobre a responsabilidade médica neste tipo de ações à luz do instituto de responsabilidade civil português, através da análise dos pressupostos adstritos à responsabilidade civil contratual e extracontratual – facto do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade. Aqui, identificaremos as mais variadas dificuldades que se apõe às ações de *wrongful life* e tentaremos descortinar algumas soluções que se coadunem com esta problemática. Por fim, será feita uma breve reflexão conclusiva.

2. Conceitos Introdutórios

A doutrina comumente reúne no seio das *wrongful actions* três tipos de ações: as *wrongful conception actions*, as *wrongful birth actions* e as *wrongful life actions*. Embora o nosso trabalho resida exclusivamente na análise do último tipo de ações, cumpre explicar cada um daqueles conceitos, destacando desde já duas diferenças fundamentais: a primeira refere-se à legitimidade ativa para propor a ação, uma vez que nas ações de *wrongful conception* e *wrongful birth* são os progenitores que interpõem a ação, ao passo que nas ações de *wrongful life* quem propõe a ação é a criança, ou os seus representantes legais em seu nome; a segunda refere-se ao evento que motiva a ação, pois que as ações de *wrongful conception* são originadas por uma gravidez indesejada, enquanto nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* embora a gravidez tenha sido pretendida, já o nascimento foi indesejado.

De forma mais detalhada e começando pelas *wrongful conception actions* ¹ (em português, “conceção indevida”), diremos que estas surgem quando os pais interpõem uma ação contra o médico ², exigindo ser indemnizados por parte daquele, com fundamento num erro médico que teve por consequência uma gravidez indesejada (que pode ou não culminar no nascimento de um filho não planeado). Exemplo normalmente mencionado nestes casos é aquele em que os serviços médicos levam a cabo um procedimento de esterilização mal feito, por hipótese, uma vasectomia, tendo como resultado uma gravidez não prevista e/ou o consequente nascimento de uma criança não planeada.

A motivação destas ações prende-se com um erro médico negligente que violou o direito de decisão reprodutiva dos pais e do seu direito ao planeamento familiar. Quanto

¹ Sobre este tipo de ações *vd.*, VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 66.; PAULA NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas *wrongful life actions* ou de “vida indevida” e tentativas para a sua superação”, in *Revista JULGAR*, n.º 21, novembro de 2018, pp. 3-4; JENNIFER MEE, “Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule”, in *Washington University Law Review*, Volume 70, Issue 3, 1992, pp. 887-914; MELISSA K. SMITH-GROF, “Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost”, in *Missouri Law Review*, Volume 61, Issue 1, 1996, pp. 136-154.

² Entenda-se que, tanto nesta como em qualquer outra *wrongful actions*, pode estar em causa não só a responsabilidade de um ou mais médicos, como também outro qualquer profissional de saúde, ou até mesmo instituições como os hospitais ou clínicas.

à indemnização exigida, esta pretenderá cobrir danos patrimoniais – como os custos de repetição de esterilização, o parto, educação da criança – e não patrimoniais – pela violação do direito à liberdade reprodutiva e danos relacionados com as angústias e receios ligados à gravidez inesperada.

No que concerne às *wrongful birth actions* ³ (traduzido para português como “nascimento indevido”), estas ocorrem quando, apesar da conceção ter sido planeada, o nascimento da criança é indesejado. Nestes casos, a criança nasce com severas malformações que nunca foram comunicadas aos pais pelo médico, impedindo-os da possibilidade de recorrer à interrupção voluntária da gravidez.

Este tipo de ações é proposto pelos pais da criança contra o médico, por este ter violado o dever de informação a que está adstrito na relação médico-paciente, não comunicando aos pais as anomalias de que a criança padecia, privando os seus progenitores de tomarem uma decisão informada e impossibilitando-lhes o recurso à interrupção voluntária da gravidez (IVG). Pense-se no caso de a mãe grávida transportar dentro de si uma criança com deformações gravíssimas, tendo o médico garantido que a criança se estava a desenvolver com normalidade. Isto acontece, primordialmente, quando o médico, por negligência, interpreta mal os exames feitos à mulher grávida ⁴, dando, por consequência, informações erradas ao casal. Este subtipo das *wrongful actions* pode também acontecer quando o médico, negligentemente, omite de todo a informação que deveria ser prestada ao casal, e também, quando este omite a execução de testes que seriam fundamentais para analisar o desenvolvimento da criança.

Assim, os pais interpõem uma ação contra o médico, exigindo uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, pelo nascimento de um filho severamente deficiente, alegando que se não fosse pela negligência médica (seja pela omissão do DPN ou outros testes importantes, pela comunicação errada dos resultados dos exames, ou até mesmo omissão total de informação) os pais teriam tido possibilidade de recorrer à

³ Acerca destas ações *vd.*, VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 63-65; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 4.; JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *Wrongful Birth, Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014, pp. 9-21; e RACHEL TRANQUILLO GROBE, *The Future of the Wrongful Birth Cause of Action*, in *Pace Law Review*, Volume 12, Issue 3, 1992, pp. 718-756.

⁴ Nomeadamente, o diagnóstico pré-natal.

interrupção voluntária da gravidez ⁵. É importante realçar que a ilicitude neste tipo de ações se refere à *perda de chance* do recurso ao aborto eugénico, sendo mais relevante o simples impedimento de recorrer à IVG do que a probabilidade de esta ter vindo a ocorrer no caso concreto de os progenitores terem sido devidamente informados ⁶.

Por fim, as *wrongful life actions* ⁷ (comummente traduzidas para português, como as ações de “vida indevida”), têm por base a fundamentação das *wrongful birth actions*, diferenciando-se daquelas (tal como das *wrongful conception actions*) pelo facto de o sujeito ativo, aquele que interpõe a ação, ser a própria criança, geralmente representada pelos seus pais ou outro representante legal.

Com efeito, estas ações surgem quando a criança que nasceu com malformações severas pretende reagir contra a pessoa que permitiu aquele nascimento. No caso que nos interessa, a criança deficiente intenta a ação contra o médico que, por negligência, omitiu ou prestou informações erradas aos seus pais, quando estes ainda teriam possibilidade de recorrer à IVG ⁸.

Note-se que nesta classe de ações o médico não é responsável pela malformação que se verifica no embrião/feto ou criança. A sua responsabilidade recai antes pelo facto de ter violado a *legis artis* a que está adstrito ao ter faltado com o diagnóstico pré-natal, ter omitido ou informado mal os pais quanto aos resultados daqueles testes, retirando aos pais o direito à autodeterminação reprodutiva que poderia ter sido exercida pela IVG nestes casos. A criança alega então que se não fosse pelo erro médico, nunca teria nascido, uma vez que, se os pais fossem devidamente informados do estado da criança durante o tempo de gestação, estes teriam, muito seguramente, optado por interromper a gravidez.

⁵ Em Portugal, por duas vezes o Supremo Tribunal de Justiça teve de se pronunciar sobre ações de nascimento indevido, no processo n.º: 9434/06.6TBMTS.P1.S1 de 17 de janeiro de 2013 e no processo n.º: 1212/08.4TBCL.G2.S1, de 12 de março de 2015.

⁶ Embora no cálculo do montante da indemnização pese a maior ou menor probabilidade de os pais optarem pela IVG. *Vd.*, PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 4, rodapé 6.

⁷ A propósito desta espécie de ações *vd.*, VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 61-63.; PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 5-6.; JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op. cit.*, pp. 9-21; KATHLEEN GALLEGER, “Wrongful Life: Should the Action be Allowed?”, in *Louisiana Law Review*, Volume 47, nº 6, 1987; MASSIMO FOGLIA, “Diritto a non nascere (se non sano)”, in *DIGESTO delle Discipline Privatistiche*, UTET GIURIDICA, 2018, pp. 135-163.

⁸ Vamos desde já excluir do objeto de estudo os casos, de extrema complexidade, em que a ação é interposta pelo filho contra os pais, porquanto estes decidiram levar a gravidez até ao fim, permitindo o nascimento da criança, com plena consciência que ela iria nascer gravemente debilitada. Sobre estes casos, *cf.* VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 63.

Como veremos, a controvérsia que paira à volta das *wrongful life actions* prende-se com vários aspetos, uns de ordem jurídica, outros de índole ética, filosófica e até religiosa, que transcendem os limites do Direito. Mas antes de mergulharmos nessa problemática, comecemos com um breve epítome de algumas das decisões jurisprudências mais marcante à cerca das *wrongful life actions* tanto em Portugal como no resto do globo.

3. Análise Jurisprudencial

É impossível falar nas *wrongful life actions* sem mencionar o primeiro acórdão onde esta expressão foi utilizada. Foi no Estado de Illinois, nos Estados Unidos da América que, em 1963, surgiu a primeira ação com base em *wrongful life*, dando origem ao caso *Zepeda v. Zepeda* ⁹. Esta ação foi proposta pelo filho contra o seu pai, onde era alegado o facto de o autor ter sido concebido fora do casamento e o pai ter abandonado a mãe durante a gravidez. Embora Zepeda tivesse nascido sem qualquer problema de saúde, o facto de ser filho ilegítimo comportava vários prejuízos que se refletiam na sua vida profissional e social, pelo que peticionava ser indemnizado por isso ¹⁰. A ação foi julgada improcedente, por todas as consequências legais e sociais que a sua admissão comportaria ¹¹.

Um dos mais conhecidos casos decididos nos Estados Unidos sobre *wrongful life* foi o caso *Gleitman v. Cosgrove* ¹², que chegou ao Supremo Tribunal de Nova Jérсия em 1967. Esta ação foi interposta pelos pais em nome próprio e em representação do filho (cumulando-se assim numa ação de *wrongful birth* e *wrongful life*), onde vinha alegado que a criança nasceu com diversas malformações fruto da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez, não tendo havido qualquer informação por parte dos médicos em relação aos perigos que aquela doença comportava no desenvolvimento intrauterino da criança. Todavia, o Tribunal declinou qualquer pretensão indemnizatória tanto por parte dos pais como por parte da criança, alegando que a concessão de uma indemnização poria em causa o valor da vida humana, que não tinha sido o médico a gerar aquelas deficiências

⁹ *Zepeda v. Zepeda*, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849, disponível em www.leagle.com.

¹⁰ Os contornos deste caso em nada têm a ver com o conceito de *wrongful life* em análise ao longo desse estudo, pois aqui não está em causa o nascimento de uma criança com malformações, nascimento esse que poderia ter sido evitado. Todavia, como sugere MARK STRASSER, “Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One, in *Missouri Law Review*, Volume 64, Issue 1, 1999, p. 33: “(...) there is nothing about the nature of the action that requires such a limitation, since the same claim might be made by someone with severe mental or emotional handicaps. Basically, a wrongful life claim alleges that because of one individual's negligence, another individual is forced to live such an unbearable life that it would have been better for the latter individual never to have lived at all and, but for that negligence, that individual would not in fact have lived.”

¹¹ Como refere o Tribunal, tal admissão “would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation”.

¹² *Gleitman v. Cosgrove*, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, disponível em www.courtlistener.com.

na criança e que é impossível comparar a vida com deficiência com a situação de não existência, pelo que seria impossível calcular um montante indemnizatório ¹³.

Já em 1976, surgiu a primeira decisão norte-americana a conceder uma indemnização a uma criança com base numa *wrongful life action*. Foi no caso *Park v. Chessin* ¹⁴ que conta a história de uma mãe que interpôs uma ação em nome do filho, exigindo uma indemnização com base numa informação erradamente dada de que a criança nasceria saudável, quando na verdade era evidente que ela sofria de uma patologia que se iria manifestar desde o nascimento. O tribunal de Nova Iorque considerou a ação procedente e decidiu no sentido de indemnizar a criança pelas dores e sofrimento a que está sujeita desde que nasceu e que são consequência do erro médico anterior ao seu nascimento. Todavia, o *Court of Appeals* de Nova Iorque, viria dois anos mais tarde desviar-se daquele entendimento, ao negar provimento à ação de *wrongful life* no caso *Becker v. Schwartz* ¹⁵.

A jurisprudência norte-americana é extremamente rica em decisões relativas às *wrongful life claims*, havendo uma clara divisão entre os tribunais que as admitem e os que as rejeitam, pelo que alguns Estados optaram por recorrer a diplomas legislativos proibindo a proposição de ações deste tipo ^{16/17}.

Passando agora para solo europeu, na Alemanha os tribunais parecem admitir as pretensões das *wrongful birth actions*, mas rejeitam as *wrongful life actions* (*Schaden des Kindes*). Exemplo disso é o acórdão do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 1983 ¹⁸, que veio dar provimento à pretensão dos pais em serem indemnizados pelo nascimento do seu filho com severas deficiências, consequência de erro médico ao não detetar as malformações

¹³ Sobre este último aspeto, explica o tribunal: “This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies”.

¹⁴ *Park v. Chessin*, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222, disponível em www.league.com.

¹⁵ *Becker v. Schwartz*, 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401, disponível em www.casetext.com.

¹⁶ No seio das decisões que vieram admitir as *wrongful life* destacamos os casos: *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165 Cal. Rptr. 477; e *Turpin v. Sortini*, 03.05.1982, 31 Cal. 3d, 220, todos disponíveis em www.caselaw.findlaw.com.

¹⁷ Sobre os Estados e os diplomas aprovados com vista à inadmissão destas ações, cf. WILLIAM C. DUNCAN, “Statutory Responses to ‘Wrongful Birth’ and ‘Wrongful Life’ Actions”, *Life and Learning XIV*, 2004, pp. 3-20.

¹⁸ BGH 18.01.1983, Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen 86, 240, tradução inglesa disponível em www.law.utexas.edu.

do feto fruto da rubéola contraída pela mãe nas primeiras semanas de gravidez. Considerou aquele tribunal que os pais deveriam ser ressarcidos em todos os custos extraordinários que a condição do filho exige, bem como pelos danos morais sofridos com aquela situação. No entanto, o BGH negou provimento ao pedido indenizatório requerido pela criança, uma vez que o médico não cometeu nenhum ato ilícito contra a criança, não havia entre os dois qualquer vínculo jurídico, nem o médico tinha um “dever de abortar” a criança com deficiência ¹⁹.

A *wrongful life claim* (*bèbé prejudice*) mais notável ao nível da jurisprudência europeia surgiu em França, ficando conhecido como o *Arrêt Perruche* ²⁰. O caso conta a história de Nicola Perruche, uma criança que nasceu com graves e diversas malformações fruto da rubéola contraída pela mãe durante o decurso da gravidez. Tendo conhecimento da intenção dos pais em recorrer à interrupção da gravidez no caso de aquela doença perturbar o desenvolvimento do feto, os serviços médicos levaram a cabo alguns exames que não detetaram qualquer complicação na criança. Nicola nasceu com um grande deficit auditivo e visual e com graves problemas cardíacos e neurológicos, o que levou os seus pais a interpor uma ação contra aqueles serviços médicos, em nome próprio (*wrongful birth*) e em nome da criança (*wrongful life*) onde arguíam que a atuação médica na deteção das deformações congénitas foi negligente e impossibilitou a mãe de optar pela interrupção da gravidez e impedir o nascimento daquela criança, o que gerou danos aos pais e à criança passíveis de serem indemnizáveis.

Este caso chegou até à *Cour de Cassation*, a qual entendeu que a negligência médica em não realizar os testes que poderiam despistar a doença com que a criança nasceu, impediu os pais de exercer o seu direito de interromper a gravidez e, consequentemente, levou ao nascimento de Nicola naquele estado debilitado, pelo que não só os pais deveriam ser ressarcidos pela limitação do seu direito à autodeterminação reprodutiva, como também a criança deveria ser indemnizada por ter nascido com tais deficiências.

¹⁹ A posição da jurisprudência e doutrina alemã parece ter-se fixado na seguinte ideia: “(i) Both parents have a contractual claim for wrongful birth and pregnancy cases; (ii) this entitles them to full maintenance costs (whether the child is healthy or not; if it is not the measure of damages may be greater to cover the extraordinary medical expenses); (iii) the mother may additionally claim pain and suffering in cases of wrongful birth that result from a complicated birth. In all these actions, the child, itself, had no claims.”, cf. BASIL MARKESINIS e HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002, pp. 178-181.

²⁰ Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701, 17.11.2000, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

Esta insólita decisão da jurisprudência francesa ²¹ suscitou um enorme alvoroço na sociedade francesa sobre o estatuto das pessoas portadoras de deficiência, obrigando o legislador a intervir, nascendo assim a Lei n.º 2002-303, de 4 de Março de 2002, onde se pode ler no seu ponto I que “ninguém pode tirar partido de um prejuízo pelo facto de ter nascido”. Diz ainda esta lei que nos casos em que a pessoa tenha nascido com algum problema devido a erro médico, pode exigir a reparação do dano, quando aquele provocou diretamente o dano, agravou ou impediu a sua reparação, estabelecendo-se assim a diferença entre o chamado dano pré-natal e o dano da *wrongful life*, que ficou excluído da ordem jurídica francesa ²².

Já na Holanda o tema das *wrongful life actions* (*onrechtmatig leven*) ficou marcado pelo famoso caso “*Baby Kelly*”. Os pais de Molenaar Kelly questionaram o seu médico sobre a necessidade de realizar testes que verificassem o estado de saúde do feto, pelo facto de um parente do pai de Kelly padecer de uma anomalia cromossómica, havendo o receio que a mesma se viesse a manifestar na sua filha. Todavia, a execução de tal DPN foi considerada desnecessária pelo médico, tendo Kelly vindo a nascer com graves e variadas deficiências físicas e mentais ²³.

O caso chegou ao Supremo Tribunal da Holanda ²⁴ – o *Hoge Raad Nerlanden* – que considerou que a atuação do médico, de refutar a elaboração do teste, provocou danos, não só aos pais, como também à própria criança, admitindo-se assim não só a pretensão da *wrongful birth* como também da *wrongful life claim*.

Entendeu a mais alta instância dos tribunais holandeses que aquela omissão por parte dos serviços médicos impossibilitou os pais de procederem à interrupção voluntária da gravidez, concedendo-lhe uma indemnização pela violação do seu direito à autodeterminação reprodutiva bem como pelos custos acrescidos relativos aos cuidados de saúde e educação de Kelly, até que a mesma completasse 21 anos. Quanto à criança,

²¹ A jurisprudência do caso Perruche voltou a ser confirmada por cinco ocasiões ao longo do ano de 2001, embora tenha sido muito criticada pela doutrina, prendendo-se a sua argumentação no facto de não estarem reunidos os pressupostos da responsabilidade civil (não existe nexo de causalidade entre o erro médico e a malformação congénita) e pelo facto de ser impossível reputar a vida como sendo um dano.

²² ANA PAULA BOULAROT, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido”, in *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2017, pp. 13-14.

²³ A bebé não anda, é praticamente cega, é surda e muda, sofre de autismo, asma e tem dores físicas permanentes.

²⁴ HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606, disponível em www.uitspraken.rechtspraak.nl

esta foi considerada pelo tribunal como parte integrante do contrato que vinculava os pais e os serviços médicos ²⁵, pelo que o médico tinha obrigações para com o nascituro que violou aquando da negação da feitura do exame pré-natal sugerido pelos pais. Assim, Kelly Molenaar foi indemnizada por danos morais consequência do seu próprio nascimento.

Em Portugal, as pretensões indemnizatórias com base em *wrongful life* chegaram ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) por duas vezes, tendo sido seguida a orientação adotada na maioria da jurisprudência estrangeira, isto é, a inadmissibilidade deste tipo de ações. Vejamos com maior detalhe como aconteceu.

No acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 ²⁶, o autor, menor, representado pelos pais, instaurou uma ação contra o médico e o respetivo gabinete de radiologia, onde exigia a condenação destes ao pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, alegando para o efeito que os réus atuaram negligentemente no decurso da gravidez ao não informarem os pais das malformações do feto, o que lhes retirou a possibilidade de interromper aquela gravidez. Por consequência, o autor nasceu com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e mão direita.

Embora tivesse ficado provado que o médico sabia que estava perante uma gravidez de risco e que deveria ter levado a cabo a realização de outros testes que mais detalhadamente aferissem o estado de saúde do autor, o STJ não deu provimento à ação. Entendeu este tribunal o seguinte: por um lado, inexistente qualquer conformidade entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que o autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu direito indemnizatório numa faculdade que só poderia ser exercida pelos pais ²⁷; por outro, o que está aqui em causa é um direito à não existência, que não tem consagração no nosso ordenamento jurídico, e mesmo que o tivesse, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho, mas sim por este, quando atingisse a maioridade.

²⁵ Defendeu-se aqui a “terceira via” da responsabilidade civil, enquadrando aquela situação no regime do contrato com eficácia de proteção para terceiros. Porém, Cf. ANA PAULA BOULAROT, *op. cit.*, pp. 17-18, onde a autora aborda a dificuldade em considerar o feto como “terceiro”.

²⁶ Acórdão do STJ, de 19.06.2001, Processo n.º 01A1008, disponível em www.direitoemdia.pt.

²⁷ Pelo que, diz este tribunal, o pedido de indemnização deveria ter sido formulado pelos pais e não pela criança, já que o direito de interromper a gravidez se encontra apenas na esfera jurídica dos pais.

O âmago desta decisão andou à volta da legitimidade processual do autor e não propriamente na questão da ressarcibilidade dos danos invocados, concluindo-se da leitura do acórdão que esta ação, fundada em *wrongful life*, só poderia ter sido intentada pelo filho em nome próprio, ou, contrariamente, deveriam ter sido os progenitores a deduzir tal pretensão indemnizatória em sede de *wrongful birth*, o que não aconteceu.

No acórdão do STJ de 17 de janeiro de 2013 ²⁸, os autores, mãe e filho (representado pela mãe), formularam uma ação de responsabilidade civil contratual contra o centro de radiologia, o seu diretor clínico e a sua médica obstetra, alegando para o efeito que, embora tivessem sido efetuadas todas as ecografias medicamente previstas e tivesse sido sempre garantido que o bebé se estava a desenvolver sem qualquer problema, a criança veio a nascer com diversas malformações, nomeadamente sem mãos ou braços, deformações nos pés, na língua, no nariz, nas orelhas, na mandíbula e céu da boca.

O STJ, embora tenha considerado a atuação dos réus negligente e censurável por violadora da *legis artis*, atendeu apenas ao pedido da autora (*wrongful birth*) negando provimento à pretensão do autor (*wrongful life*). Este tribunal entendeu ²⁹, por um lado, que não existiu qualquer ilicitude, culpa e nexos de causalidade entre a atuação dos réus e as malformações do autor, pelo que não se verificam os pressupostos da responsabilidade civil; por outro, o autor não era parte contratual, rejeitando, inclusive, que o caso tivesse enquadramento no instituto do contrato com eficácia de proteção para terceiros.

Chegados ao fim desta súmula jurisprudencial ³⁰, onde ficou patente uma tendência maioritária para negar provimento às *wrongful life actions* ³¹, cumpre de seguida analisar os argumentos esgrimidos contra e a favor das pretensões indemnizatórias em sede de *wrongful life*, examinando-os à luz do regime de responsabilidade civil do nosso ordenamento jurídico.

²⁸ Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em www.direitoemdia.pt.

²⁹ Apesar deste entendimento, o Acórdão contou com o voto de vencido do Conselheiro Pires de Rosa, que será abordado mais adiante.

³⁰ Sobre os casos analisados e muitos outros, *vd.* IVO GIELSEN, “The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”, in *Utrecht Law Review*, vol. 8, Issue 2, 2012, pp. 45-52.

³¹ Sendo que na larga maioria dos casos em que foram admitidas, geraram tal polémica que levaram à intervenção legislativa para impedir aquele tipo de ação, como foram os casos de alguns Estados dos EUA e em França.

4. As *Wrongful Life Actions* e o Regime da Responsabilidade Civil Português

A responsabilidade médica pode ser de três tipos: civil, penal e/ou disciplinar. Nas ações de *wrongful life*, tal como as configuramos anteriormente, a categoria invocada é a da responsabilidade civil. Esta pode assumir a forma de responsabilidade civil extracontratual (art. 483º e ss.³²) ou responsabilidade civil contratual (art. 798º e ss.). Para que haja responsabilidade civil, seja ela delitual ou negocial, deverão estar preenchidos os seguintes pressupostos: o facto voluntário do agente; a ilicitude; o nexo de imputação (culpa); o dano; e o nexo de causalidade.

O nosso desafio daqui em diante será o averiguar se as *wrongful life actions* preenchem os ditos pressupostos, e, conseqüentemente, se este tipo de ações pode ou não se valer do instituto de responsabilidade civil para concretizar as suas pretensões indemnizatórias.

4.1. O Facto Voluntário do Agente

O primeiro elemento da responsabilidade civil é o facto do agente, isto é, um comportamento dominável ou controlável pela vontade humana, podendo consistir numa ação ou numa omissão³³.

Nas ações de *wrongful life*, o facto corresponde a uma conduta omissiva por parte do médico, que se traduz em não atuar de acordo com as *legis artis*³⁴ a que está adstrito. Com efeito, este tipo de ações surge na maior parte dos casos associado à não observação, por parte do profissional de saúde, do dever acessório de informação a que está adstrito

³² Os artigos sem menção de origem pertencem todos ao Código Civil Português (CC).

³³ ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 527-529 e MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. 1, Almedina, 13ª edição, 2016, pp. 257-259.

³⁴ O art. 4º da Convenção de Oviedo diz-nos que “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

no exercício da atividade médica ³⁵, perante a mãe (e o pai) do nascituro. Essa conduta omissiva pode dar-se quando o médico se abstém de realizar testes ou exames fundamentais para apreciar o estado de saúde do feto; quando interpreta incorretamente os resultados dos testes ou exames feitos, informando erroneamente os pais da criança; ou quando, pura e simplesmente, não presta qualquer informação aos pais acerca do estado de saúde do nascituro.

4.2. A Ilicitude

O segundo pressuposto da responsabilidade é a ilicitude da conduta do agente ³⁶. Esta pode consistir na violação de direitos subjetivos ou na infração de normas destinadas a proteger interesses alheios (art. 483º).

Neste ponto encontramos o nosso primeiro desafio. Ao passo que nas ações de *wrongful birth* o pressuposto da ilicitude, no plano da responsabilidade extracontratual, é facilmente observável, o mesmo não se poderá dizer quando analisamos as ações de *wrongful life*.

De facto, nos primeiros casos, a ilicitude está presente, de um lado, na violação, por parte do médico, de um direito subjetivo dos pais – o direito à autodeterminação reprodutiva ³⁷ -, e de outro, na violação de deveres a que está adstrito segundo a *legis artis* e que visam proteger interesses de outrem – dever de informação e consentimento informado ³⁸.

Já quanto ao segundo grupo de ações, sendo o lesado a própria criança, crê-se que para ver o pressuposto da ilicitude preenchido, na sua primeira modalidade, implicaria a

³⁵ O dever de informação e o consentimento informado tem consagração legal, nomeadamente, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (publicada no DR 1ª Série de 3/1/2001), no art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; bem como nos arts. 19º e 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

³⁶ Acerca do pressuposto da ilicitude, *vd.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 530-552 e MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 259-279.

³⁷ Uma vez que a informação errada ou omissa por parte do médico, suprimiu a possibilidade de os pais recorrerem à IVG ao abrigo do art. 142, nº 1, c) Código Penal (CP).

³⁸ *Cf.* nota 34.

configuração de um *direito a não nascer* (ou à *não existência*) ou um *direito a nascer saudável*. Contudo, nem um nem outro merecem acolhimento no seio das *wrongful life actions*. Vejamos:

Começando pelo segundo, embora tendamos a admitir a existência de um direito a nascer saudável ³⁹, no sentido de que deverão ser levadas a cabo todas as diligências imprescindíveis ao nascimento são de determinada criança – incluindo aqui todos os esforços médicos com vista ao nascimento saudável da criança, bem como a abstenção de comportamentos de risco por parte dos pais - a verdade é que nos casos em estudo, a criança sofre de graves malformações congénitas, sendo impossível aos profissionais de saúde alterar essa situação, porquanto a criança sempre nasceria com tais doenças, razão pela qual a aplicação deste conceito se demonstra inútil.

Quanto à configuração de um direito a não nascer ⁴⁰ somos mais cautelosos e tendemos a rejeitá-lo por várias ordens de razão. Desde logo, tal direito é rejeitado pela nossa ordem jurídica ⁴¹; em segundo lugar, nas ações em análise a criança não reclama um direito a não nascer, nem em nenhuma circunstância pede para morrer ⁴²; por fim, a admissão de um direito à não existência parece-nos paradoxal, na medida em que seria sempre necessário a existência da criança para o exercício do direito à não existência ⁴³.

Se a ilicitude face à criança não tem por base a violação de um direito subjetivo da mesma, analisaremos então a segunda modalidade de ilicitude, que consiste na violação da lei que protege interesses alheios. Aqui, referimo-nos às *legis artis*, isto é, ao conjunto de normas e obrigações profissionais a que os médicos estão vinculados no exercício da sua atividade profissional, sendo de destacar, como já o fizemos antes, o dever de informação e de obtenção de consentimento informado ⁴⁴. Com efeito, é esse erro médico,

³⁹ Sobre o direito a nascer saudável *vd.* VERA LUCIA RAPOSO, *op.cit.*, p. 73 e JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op.cit.*, pp. 90-93.

⁴⁰ Sobre o direito a não nascer *vd.* VERA LUCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 73-74; JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op.cit.*, pp. 62-63; NANCY JECKER, “The ascription of rights in wrongful life suits”, *in Law and Philosophy*, n.º 6, 1987, pp. 150-165.

⁴¹ No já mencionado acórdão de 19.06.2001, o STJ menciona a inexistência de tal direito como um dos fundamentos contra a pretensão do autor.

⁴² Antes pelo contrário, a criança exige ser indemnizada para fazer face às necessidades acrescidas da sua vida com deficiência.

⁴³ Todavia, somos sensíveis, neste aspeto, à tese de PIRES DA ROSA quando diz que o direito à não existência (do feto) pertence à mulher grávida, podendo ser exercido dentro de determinado tempo e circunstâncias – isto é, em conformidade com o art. 142º do CP -, porquanto aquele nascituro ainda é mãe, cabendo-lhe a ela decidir naqueles termos sobre a continuação ou não da gestação. *Cf.* PIRES DA ROSA, “Não existência – um direito”, *in Julgar*, n.º 21, 2013, p. 50.

⁴⁴ Art. 19º e 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

o de não informar devidamente os pais das patologias do feto que impede a mãe de tomar a decisão de prosseguir ou não com a gestação, que dá lugar às *wrongful birth actions*.

Para que esta argumentação singre no campo das *wrongful life actions* teremos que admitir, como admitimos, que o dever de informação que vincula o médico visa proteger não só a mãe como também o nascituro.

Com efeito, faz todo o sentido acreditar que o nascituro tem interesse no cumprimento cabal das responsabilidades médicas perante a mãe, uma vez que, o integral cumprimento dos deveres médicos em relação à mãe, tem por consequência a observância desses mesmos deveres perante o feto, além de que a vontade do feto é materializada na vontade da mãe – não se tratando aqui do interesse do nascituro em ver a gravidez interrompida, mas sim no seu interesse em ver cumpridas todas as regras e princípios profissionais que vinculam o médico na prática da ciência médica naquele caso concreto⁴⁵.

Quanto à observação do pressuposto da ilicitude no âmbito da responsabilidade contratual, este é, mais uma vez, facilmente detetável no que concerne às ações de *wrongful birth*, pois a violação de deveres laterais de conduta, como foi, entre outros, o dever de informar os pais (credores) sobre o estado clínico do nascituro, corresponde a um incumprimento contratual por parte do médico (devedor), passível de acionar o instituto do art. 798º do CC.

Porém, no que diz respeito às ações de *wrongful life*, entendemos que o nascituro não é parte do contrato⁴⁶. Aliás, é com base neste entendimento que muitos tribunais têm rejeitado estas ações, por haver uma desconformidade entre o pedido e a causa de pedir⁴⁷.

⁴⁵ Defendendo a ideia de que o dever de informação visa proteger a mãe e a criança, *vd.* PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 13 e PAULO MOTA PINTO, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, Coimbra Editora, 2007, pp. 931-933.

⁴⁶ Ao arrearpi daquilo que é defendido por PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁴⁷ Tal como aconteceu no acórdão do STJ 19.06.2001 onde se alega que o autor não pode fundamentar a sua pretensão na violação de um direito que pertence aos pais, sob a pena de se criar uma *facto iuris* motivada por questões humanitárias Neste sentido *vd.*, CARLOS ALMEIDA RODRIGUES, “A problemática inerente à *wrongful life claims* – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 19, ano 2013, pp. 184.

Cremos, todavia, que este entrave pode ser contornado com o recurso à terceira via da responsabilidade civil, enquadrando a posição do nascituro na figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros ^{48/ 49}.

Esta figura ⁵⁰, importada da doutrina germânica, emerge da complexidade das relações obrigacionais e do reconhecimento da existência de deveres laterais de conduta que vinculam o devedor perante terceiros. Estes terceiros, embora não façam parte da relação contratual – não tendo direito a exigir a prestação principal ⁵¹-, são abrangidos pelo manto protetor do contrato, por força de deveres de cuidado e proteção que o contrato impõe às partes face àqueles ⁵².

Mas, para se ter a qualidade de terceiro, no âmbito dos contratos com eficácia para proteção de terceiros, têm de se verificar requisitos. Em primeiro lugar, têm de haver uma relação de especial proximidade entre o terceiro e o credor; em segundo, deve ser cognoscível para o devedor essa relação de proximidade; por fim, o credor e o terceiro devem ter interesses coincidentes.

No seio das *wrongful life*, a aplicação desta figura para justificar a ilicitude do médico face ao autor obriga-nos a analisar este pode ser considerado terceiro para efeito da sua aplicação. E haverá terceiro mais *terceiro* que o nascituro face ao contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre os pais e o profissional de saúde?

De facto, por um lado, o terceiro – nascituro ⁵³ – encontra-se manifestamente numa relação de especial proximidade e dependência para com o credor – a sua mãe; por outro,

⁴⁸ Concordando com a utilização deste instituto, *vd.* PAULA NATÉRICA ROCHA, *op. cit.*, pp. 9-10 e PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 933.

⁴⁹ Opondo-se à sua aplicação, *vd.* ANA PAULA BOULAROT, *op. cit.*, p. 17, invocando para o efeito, a impossibilidade de se considerar como “terceiro” o feto, tendo sido também este o seu entendimento no acórdão do STJ de 13.01.2013 supra analisado. No entanto, *vd.* nota de rodapé 53 *infra*.

⁵⁰ Sobre a figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros *vd.* CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos nas autoestradas”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 65, vol. II, pp. 407-433.

⁵¹ O que a distingue neste aspeto do contrato a favor de terceiros previsto no art. 443º e ss. do CC. *Cf.* MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 327-328.

⁵² *Vd.* CARLOS FERREIRA DE ANDRADE, *Contratos II*, Almedina, 3ª edição, 2012, p. 50.

⁵³ Embora o art. 66º do Código Civil só atribua personalidade jurídica após o nascimento completo e com vida (salvo o reconhecimento de alguns direitos legalmente previstos como são os previstos no art. 952º e 2033º), cremos que esta leitura não pode ser tão rígida. Lembremos que este art. 66º é muito anterior aos conhecimentos atuais sobre a vida pré-natal, sendo hoje inegável a afirmação de que o nascituro tem vida desde a sua concepção. Por consequência, cremos que nos casos *sub iudice*, o nascituro deve ser considerado pessoa jurídica enquanto tal, sendo o evento do nascimento consolidador da personalidade previamente obtida, *vd.* JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op.cit.*, pp. 106-108 e VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 74-77. Este também parece ser a opinião de parte da doutrina italiana: “È vero che il nascituro, al momento della condotta del medico (in ipotesi, antigiuridica), non era ancora soggetto di diritto, in virtù del

o devedor – médico – sabe perfeitamente da existência deste terceiro, da sua conexão especial em relação ao credor, bem como dos deveres de proteção e cuidado a que está adstrito perante o nascituro; por fim, é inegável que exista uma comunhão de interesses entre o credor e o terceiro, na medida em que a vontade do feto é materializada na vontade da mãe, e o contrato de prestação de serviços médicos visa zelar não só pela saúde da mulher grávida, como também, e em particular, pela saúde da vida que ela traz dentro de si.

Do exposto, parece-nos sensato considerar o nascituro incluído no âmbito dos deveres acessórios – como são o dever de proteção, zelo, cuidado e informação - que emanam do contrato celebrado entre o médico e a sua mãe/pais. Assim, o incumprimento de algum daqueles deveres por parte do profissional de saúde face ao terceiro, pode levar a um direito da criança em exigir uma indemnização face a tal violação.

4.3. A Culpa

O nexo de imputação do facto ao agente – a culpa - constitui o terceiro pressuposto da responsabilidade civil. Para que o facto ilícito gere responsabilidade, o lesante deverá que ter agido com culpa, significando isto que a sua atuação possa ser alvo de reprovação e censura pelo direito.

A culpa do agente é determinada em dois momentos: primeiro, há que se verificar capacidade delitual da pessoa, ou seja, se esta é imputável (art. 488º); em segundo, cumpre determinar se o agente podia e devia ter agido de outra forma no caso concreto, tendo em conta o critério do bom pai de família, isto é, se a sua conduta cumpriu o padrão de diligência exigível ao homem médio (art. 487º) ⁵⁴.

principio consacrato all'art. 1 c.c.: «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita». Nella fattispecie in parola la questione è però superata in partenza, perché l'evento di danno – per coloro che lo considerano tale – si manifesta con la nascita, quando la persona esiste, e non conta, nel giudizio di responsabilità, che il fatto lesivo (i.e. l'omessa informazione del sanitario) fosse anteriore alla nascita del soggetto.» MASSIMO FOGLIA, op. cit., p. 145.

⁵⁴ Para uma melhor compreensão deste pressuposto, vd. ANTUNES VARELA, *op.cit.*, pp. 562-596 e SINDE MONTEIRO, “Rudimentos de responsabilidade civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pp. 369-377.

Nos casos de responsabilidade médica, o comportamento reprovável do profissional de saúde é aferido a partir do nível de competência, prudência, cuidado e zelo que seria exigido ao “homem médio” – entendido aqui como o “médico médio” com a mesma especialidade que a do agente.

Nas ações de *wrongful life*, a responsabilidade médica surge-nos, geralmente, sob a forma de negligência ou mera culpa (e nunca dolo). De facto, se voltarmos a olhar para alguns casos jurisprudenciais previamente analisados, verificamos que o facto ilícito foi sempre constituído por uma conduta negligente: a não realização ou recusa de realização de exames que deveriam ter sido feitos ⁵⁵; a errada interpretação dos resultados obtidos nas análises, que levou ao errado aconselhamento dos pais ⁵⁶; ou a não identificação de qualquer malformação do feto e consequente ausência de informação sobre o real estado de desenvolvimento ⁵⁷.

Ainda a propósito da culpa do médico, cumpre dar uma pequena palavra sobre a distribuição do ónus da prova. Na responsabilidade civil extracontratual é o lesado, o paciente, que terá de provar a culpa do lesante, médico (art. 342º e 487º n.º 1); porém, regra contrária tem lugar no caso da responsabilidade contratual, cabendo ao médico fazer prova de que o incumprimento para com o paciente não resulta de culpa sua (art. 350º n.º 1 e 799º).

Nesta lógica, se a ação de *wrongful life* intentada tiver por base a violação de um direito subjetivo - que já vimos ser de difícil configuração ⁵⁸ - ou a violação de uma norma que visa proteger interesses alheios, terá a criança (na pessoa do seu representante) que fazer prova da culpa do médico. No caso de a ação ser sustentada pela violação da relação contratual – com recurso à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros – será ao médico que compete fazer prova de que o incumprimento não lhe é imputável ⁵⁹.

⁵⁵ Como foi o caso norte-americano *Gleitman v. Cosgrove*.

⁵⁶ Exemplos desta situação ocorreram no caso “*Baby Kelly*” na Holanda e nos dois acórdãos decididos pelo nosso STJ.

⁵⁷ Tal como aconteceu no caso francês de *Nicola Perruche*.

⁵⁸ Como já referimos, o suposto “direito a não nascer” não existe no nosso ordenamento jurídico.

⁵⁹ Por força da colocação desta figura no campo da terceira via da responsabilidade civil, aplicar-se-ão as regras mais favoráveis ao autor de entre aquelas que compõem ambos os tipos de responsabilidade civil do nosso ordenamento jurídico. – MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 318-320 e ANDRÉ GONÇALODIAS PEREIRA “Breves notas sobre responsabilidade médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007, p. 14.

Nesta matéria, parte da doutrina e jurisprudência defende o uso do regime de prova da responsabilidade extracontratual (ainda que esteja em causa responsabilidade contratual), uma vez que a obrigação médica constitui uma obrigação de meios, pelo que o profissional de saúde tem apenas a obrigação de providenciar ao seu paciente os melhores serviços médicos possíveis e exigidos pelas *legis artis*, não assegurando que o resultado se produza.

Embora, geralmente a obrigação do médico seja uma obrigação de meios, cremos que nos casos *sub judice* existe uma obrigação de resultado. Com efeito, o erro médico invocado neste tipo de ações corresponde muitas das vezes a um erro de análise de exames laboratoriais, onde a margem de incerteza é ínfima, por força da evolução tecnológica e científica nessa área ⁶⁰. Como refere PIRES DA ROSA ⁶¹, “a obrigação do médico especialista (...) não é já apenas uma obrigação de meios mas, verdadeiramente, uma obrigação de resultado, ainda que o resultado seja a afirmação clara de que o(s) concreto(s) exame(s) realizado(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação”. Por conseguinte, sobre o médico que analisa os resultados destes exames impende uma obrigação de resultado ⁶².

4.4. O Dano

O quarto pressuposto da responsabilidade civil é o dano. Para que haja uma obrigação em indemnizar, é necessário que haja dano, ou seja, que o facto ilícito e culposo

⁶⁰ Como se alude no Acórdão do STJ de 04.03.2008, proferido no Processo n.º 08A183 “No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o ato médico não comporta, no estado atual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a atuar segundo as *legis artis*; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente”, disponível em www.dgsi.pt.

⁶¹ *Vd.* PIRES DA ROSA, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁶² Também neste sentido, *vd.* VERA LUCIA RAPOSO, *op. cit.*, pp. 84-87, PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 14 e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 17.

tenha causado prejuízo a outrem ⁶³. Neste pressuposto, residem alguns dos obstáculos mais difíceis de ultrapassar com vista à admissibilidade das ações de *wrongful life*.

Quando falamos do dano nas ações de *wrongful life*, um dos argumentos que se lhes opõe é o problema da “não-identidade” ⁶⁴ - ou da “autocontradição” -, que defende que a criança não pode exigir a reparação do dano por negligência médica, uma vez que sem aquela atuação médica, a criança não existiria, não estando preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil ⁶⁵. Com efeito, é inegável que a atuação omissiva do médico fez com que a mãe desse à luz aquela criança, que de outra forma não teria, muito provavelmente, nascido.

No entanto, temos algumas reticências quanto à aceitação deste argumento, na medida em que nos tenta empurrar para uma situação de paradoxo que o Direito deveria querer evitar.

Concordamos aqui com PAULO MOTA PINTO ⁶⁶, quando refere que o facto de o ato que deu lugar ao nascimento do autor (sem o qual ele não existiria) ser o mesmo que o autor ataca como lhe tendo causado prejuízo, não tem de levar à destruição dos pressupostos da responsabilidade civil.

Na verdade, defender que a criança está impedida de exigir uma indemnização por ter nascido na condição que nasceu, uma vez que a única alternativa seria a sua inexistência, é uma argumentação difícil de compreender e que deixa as crianças vítimas deste tipo de situação completamente indefesas. Se é verdade que a criança só poderia existir com aquelas malformações, e nada nem ninguém poderia evitar isso, também é verdade que ela existe carregando consigo todas as dificuldades, dor e sofrimento associados à sua condição. E é exatamente por existir, por ser um “dado real”, que tem legitimidade ⁶⁷.

⁶³ Para um estudo mais aprofundado sobre o pressuposto do dano, *vd.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 597 e 616 e JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op. cit.*, pp. 55-94.

⁶⁴ Em inglês é conhecido como o *non-identity problem*. *Cf.* SHAUN D. PATTINSON, “Wrongful Life Actions as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies” in *Health Law Journal*, vol. 7, 1999, pp. 23-26.

⁶⁵ “(...) o erro médico foi condição da existência do lesado demandante. Não fora o erro médico e já não existiria o sujeito ao qual o interesse em não existir pertence.”, *vd.* PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁶ *Vd.* PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 935.

⁶⁷ *Idem, Ibidem.*

Outro argumento esgrimido no sentido de impossibilitar a procedência das ações de *wrongful life* refere-se ao “paradoxo da não-existência”, motivado pelo facto de ser impossível determinar o dano e consequentemente impedir o cálculo da indemnização com base na teoria da diferença (art. 556º n.º 2) ⁶⁸. Defende-se aqui que seria impossível comparar a situação real e atual do lesado à situação virtual em que ele se encontraria se a lesão não tivesse ocorrido, uma vez que isso significaria a não existência do lesado.

Ora, fazer este exercício de comparação para chegar à conclusão de que é impossível comparar a vida (independentemente da sua condição) com a não vida, isto é a ausência de ser, afigura-se algo caricato! Parece-nos evidente que comparar a existência à não existência é o caminho errado, na medida em que é impossível conceber a *não existência* enquanto termo de comparação. Não está ao alcance do ser humano, nem pode servir de base argumentativa na aplicação do direito.

Por isto, tendemos a concordar mais uma vez com PAULO MOTA PINTO ⁶⁹ que propõe uma diferente aproximação à resolução da teoria da diferença. Sugere o autor que, para contornar as dificuldades do *counterfactual test*, devemos colocar a tónica, para efeitos do cálculo da indemnização, não na comparação entre a existência e a não existência do autor, mas sim na comparação entre o autor nascido naquela condição e o nascimento de uma criança saudável, isto é, uma pessoa sem malformações e regularmente funcional ⁷⁰.

Adotando este pensamento, seria facilitado o caminho a percorrer no cálculo da indemnização. Desde logo, a título de danos patrimoniais comparar-se-iam as necessidades acrescidas ⁷¹ que a criança nascida com severas deficiências tem em relação à criança nascida sem qualquer malformação. Quanto aos danos não patrimoniais, embora

⁶⁸ A doutrina anglo-saxónica chama-lhe o “*counterfactual test*”, através do qual se compara a situação real e atual do lesado com aquela em que estaria se o agente da conduta lesante tivesse agido de outro modo. *Vd.* JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *op. cit.*, pp. 70.

⁶⁹ *Vd.* PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 933-935.

⁷⁰ Também neste sentido, *cf.* ALLAN HANSON, “Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 5, 1996-1997, pp. 17. Refere o autor que “(...) it is unnecessary to imagine as the hypothetical alternative the condition that particular individual would have been in if the injury had not occurred. Rather one can compare the plaintiff’s actual condition with the condition of any person who is free from the impairments (...)”.

⁷¹ Referimo-nos aqui aos custos extraordinários no que concerne a tratamentos e cuidados médicos, intervenções cirúrgicas, equipamentos de locomoção (como próteses ou cadeira de rodas), medicamentos e outros.

se reconheça uma maior dificuldade na sua mensuração, estes corresponderão à dor e sofrimento que a criança nascida suporta ⁷².

Pelo que, estamos com PAULO MOTA PINTO quando diz que a negação desta solução só vem repetir a ofensa que a criança sofreu uma vez que não só ela nasceu com uma deficiência, sem a qual nunca poderia ter existido, como também não se pode comparar a uma criança nascida segundo um padrão de normalidade, para efeitos de reparação do erro médico ⁷³.

Outro obstáculo levantado pela doutrina e jurisprudência às ações em estudo é o facto de ser inadmissível a qualificação da vida, ainda que com graves deficiências, como um dano. A vida é inviolável, pelo que a aceitação da ação nestes termos, isto é, invocando a vida como um dano, atentaria contra o princípio da dignidade humana, e consequentemente devem ser rejeitadas ^{74/75}.

No entanto, acreditamos que também aqui, o raciocínio a aplicar ao problema deve ser outro. Cremos que este tipo de ações não pretende que seja ponderado o valor daquela vida, mas antes, que seja reconhecido que aquele facto ilícito e culposos, da responsabilidade do médico, se traduziu num custo económico e financeiro de larga escala e eventuais sequelas físicas e psicológicas.

Portanto, neste tipo de ações, devemos entender que o dano não é a vida em si, mas antes as deficiências que essa vida arca - “*the burden of existence*” ⁷⁶. Ou seja, o que está aqui em causa não é saber se a criança deveria ou não existir, mas sim se o seu nascimento lhe causou danos suscetíveis de indemnização. E esses danos são fáceis de verificar: vão

⁷² Estes danos podem ser mais ou menos manifestos. Lembre-se que na decisão holandesa sobre Kelly Molenaar se referia que a criança chorava de noite com dores, tendo lhe sido atribuída uma compensação a título não patrimonial por esse facto.

⁷³ *Vd.* PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 934.

⁷⁴ Como referido no acórdão 19.06.2001 pelo STJ “O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da vida”. Neste sentido também, *cf.* CARNEIRO DA FRADA, “A Própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. 1, 2008, pp. 215 e ss. e CARLOS ALMEIDA RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁷⁵ Porém, o nosso ordenamento jurídico não reconhece um valor absoluto e indiscutível à *vida*, porquanto esta sofre relativizações em certas circunstâncias. Pense-se nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade; na não punibilidade do suicídio (ou da sua tentativa); e a própria despenalização do aborto em casos específicos.

⁷⁶ “(...) em certas situações de clamorosa deficiência, limitação e dor, a vida surge como um *minus* e não como um *plus* e, por conseguinte, o dano deve ser atendível. Não o dano da vida em si mesma, mas o dano das condições dessa vida” VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 81. Neste sentido também, *vd.* FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana”, in *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13, 2010, p. 200-201.

desde os custos associados aos cuidados médicos e educacional especiais, às dores físicas e psicológicas que acompanham a deficiência.

Assim, o objetivo do pedido indemnizatório não pode ser visto como o de colocar o lesado na situação em que estaria no caso de não ter existido dano – o que seria impossível, uma vez que implicaria a possibilidade de colocar a criança de volta no ventre da mãe, de forma a que o direito à interrupção voluntária da gravidez pudesse ser exercido⁷⁷. Este é um exemplo claro que ilustra a impossibilidade de fazer uso do regime do art. 566º, n.º 1, pois que a reconstituição natural está fora de questão. Mais, o autor não exige com esta ação a possibilidade de recorrer à morte assistida – digamos, eutanásia infantil – o que também poderia constituir uma ofensa ao direito à vida.

Destarte, o montante indemnizatório teria o propósito de fazer face aos custos extraordinários exigidos pela deficiência de que o lesado é portador, tentando melhorar a qualidade de vida da criança nascida com graves malformações.

Enfim, a indemnização deve ser tida como uma forma de compensar a criança pela dor e sofrimento que as suas deficiências acarretam, e não para compensar o facto de ter nascido, pelo que não cremos que esta desvirtue o conceito de dignidade humana, antes pelo contrário, está-se a promover a dignidade humana na medida em que permite promover condições que minorizem a sua dor e lhe deem mais bem estar e melhor qualidade de vida⁷⁸.

Por fim, mostra-se algo contraditório conceder uma indemnização aos pais⁷⁹ e não à criança, embora esteja em causa o mesmo ato lesivo por parte do médico. Além disso, negar a indemnização com base no argumento de que o autor não pode fazer uma valoração sobre a sua vida, quando se não tivesse havido dano, e portanto os pais pudessem abortar, este ato seria uma valoração lícita da vida⁸⁰ – no entanto, cremos que

⁷⁷ “It compares impaired living with being dead rather than with never being born, which is not precisely the same thing”, *vd.* ALLAN HANSON, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ *Cf.* PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 938.

⁷⁹ A tendência tem vindo a ser a de admitir a pretensão das *wrongful birth actions* na maioria dos ordenamentos jurídicos onde o aborto é permitido. Em Portugal, além do acórdão do STJ de 17.01.2013 supra analisado, veja-se a título de exemplo o acórdão do STJ de 12.03.2015 no processo nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1 e o acórdão do TRL de 30.04.2015 no processo nº 2101-11.0TVLSB.L1-8. Todos disponíveis em www.direitoemdia.pt.

⁸⁰ Os tribunais que negam as pretensões das *wrongful life actions*, ao mesmo tempo que admitem as *wrong birth actions*, parecem estar a utilizar “dois pesos, duas medidas”. Quanto ao nascituro, é invocada a ideia da intangibilidade da vida, ainda que contenha graves deficiências; por outro lado a questão da sacralidade da vida não parece oferecer resistência à pretensão dos pais. Neste sentido, *vd.* FERNANDO DIAS SIMÕES, *op. cit.*, p. 198.

quando os pais recorrem à IVG à luz do preceituado no art. 142º n.º 2 do CP, isto é, no caso de se detetar uma grave malformação no nascituro, não se está a pôr em causa a dignidade da vida humana, mas antes evitar a dor e sofrimento associados à doença que aquela criança desenvolverá e terá de suportar a sua vida toda.

Por tudo isto, porque não fazer da criança o credor da obrigação de alimentos que os tribunais têm decidido pertencer aos pais? Atribuir a indemnização diretamente à criança evitaria cenários que poderiam comprometer a utilização do montante indemnizatório em benefício da criança ⁸¹.

4.5. O Nexo de Causalidade

Por fim, o quinto pressuposto da responsabilidade civil corresponde ao nexo existente entre a conduta ilícita e culposa e o dano causado na esfera jurídica do lesado ⁸². Com efeito, para que haja obrigação de indemnizar, seja na responsabilidade civil *ex contractu* ou *ex delictu*, é necessário que exista um nexo de causalidade entre a conduta do responsável e o dano sofrido pelo lesado fruto dessa atuação culposa.

Segundo o art. 563º, a obrigação em indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não sofreria caso a lesão não tivesse ocorrido. Este preceito consagra a teoria da causalidade adequada (em sentido negativo), que o professor GALVÃO TELLES formula da seguinte forma: “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar” ⁸³. Por outras palavras, o autor do facto só estará obrigado a reparar os danos que não se teriam verificado sem esse facto e que, abstraindo deste, seria de prever que não se tivessem produzido.

⁸¹ Pense-se no caso de os pais falecerem ou até mesmo de aqueles utilizarem a indemnização de outra forma que não seja a de suportar as necessidades do filho deficiente.

⁸² Sobre o pressuposto do nexo de causalidade, *vd.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 617-629 e SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 379-384.

⁸³ *Vd.* GALVÃO TELLES, “Direito das Obrigações”, 7ª. edição, Coimbra Editora, 1997, p. 405.

Ora, se aplicarmos esta teoria, nestes termos ⁸⁴, às ações de responsabilidade médica relacionadas com as *wrongful life*, rapidamente conseguimos detetar uma grande dificuldade em relacionar a conduta médica com o dano. De facto, o erro médico não foi causa das deficiências com as quais a criança nasceu. Elas são congénitas, pelo que o médico nada podia fazer para as curar e a criança sempre nasceria com aquelas malformações ⁸⁵.

Todavia, esta questão não se pode encerrar assim. Na verdade, o nexo de causalidade, à luz da doutrina da causalidade adequada, não exclui a ideia de causalidade indireta. Sustenta-se aqui que a produção do dano pode dever-se à colaboração de outros factos, contemporâneos ou não, sendo que a causalidade não tem necessariamente de ser direta e imediata, bastando que a ação condicionante desencadeie outra condição que, diretamente, suscite o dano ⁸⁶.

Ou seja, nos casos em estudo, embora as malformações da criança não tenham sido diretamente causadas pelo médico, a verdade é que a sua atuação violadora do dever de informação, negou aos pais a possibilidade de tomarem uma decisão informada sobre o prosseguimento ou não daquela gravidez ⁸⁷. Assim, o comportamento médico não constitui causa principal do resultado danoso, mas é determinante para o seu desencadeamento ⁸⁸.

⁸⁴ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, pp. 215 e ss.

⁸⁵ As malformações do feto constituem uma *pre-existing condition*, na terminologia anglo-saxónica.

⁸⁶ “O evento, sem provocar ele mesmo o dano, pode desencadear outra condição que lhe dá então diretamente origem”, *vd.* SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 381. Também a favor da aplicação da causalidade indireta ou suficiente nas *wrongful life actions* *vd.*, PAULA NATÉRCIA ROCHA, *op. cit.*, pp. 18-19 e VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 85-87.

⁸⁷ “Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador das *leges artis*) e censurável (negligente), não detetar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador [que não foi “causado” pelo médico] – desenvolve-se e conduz à morte do paciente. Pode o Direito deixar de responsabilizar o comportamento ilícito, culposo e causador do dano morte... apesar de o médico não ter estado na origem do cancro? Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico”, *vd.* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 228.

⁸⁸ “(...) *il medico si pone come autore “mediato” o indiretto del danno per aver privato la madre di una facoltà riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva che si pone in rapporto di causalità con la nascita indesiderata.*”, *vd.*, MASSIMO FOGLIA, *op. cit.*, p. 160.

Outra abordagem que pode ser tida em conta para se determinar o nexo de causalidade neste tipo de ações é aquela que resulta da teoria do escopo da norma violada⁸⁹.

Esta teoria tenta resolver o problema da delimitação dos danos a indemnizar, na sequência de um ato ilícito e culposos, a partir de considerações sobre o fim da norma violada, afastando-se assim do aspeto causal.

No campo das ações de *wrongful life*, esta teoria terá aplicação no terreno do contrato celebrado entre os pais da criança e o médico, mais precisamente, na questão de saber se aquele contrato de cuidados de saúde pré-natais tinha ou não o escopo de evitar o nascimento de uma criança com deficiências. Destarte, é inegável que aquele negócio jurídico foi celebrado com vista ao despiste de eventuais malformações que o feto poderia estar a desenvolver, com o propósito de os pais poderem tomar uma decisão informada em relação à continuação daquela gravidez, pelo que haverá dano quando o fim da norma (neste caso, do contrato) foi comprometido.

⁸⁹ *Vd.*, SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 381-384.

5. Conclusão

Chegados ao fim deste pequeno trabalho, onde nos propusemos a analisar a possível inserção das chamadas *wrongful life actions* no regime jurídico da responsabilidade civil português.

As dificuldades em torno deste tipo de ações começam logo pelo termo que as identifica – vida indevida – que constitui um oxímoro que em nada beneficia as suas pretensões. Depois, a colisão, pelo menos aparente, entre questões de Direito, Ética, Moral e até Religião inerentes a esta problemática levam a juízos que carregam consigo alguma falta de imparcialidade. Por fim, embora a posição dominante na doutrina e jurisprudência face a este tipo de ações se incline para a sua não admissibilidade, estamos em crer que todos obstáculos apresentados, nomeadamente, aqueles relativos ao preenchimento dos pressupostos de responsabilidade civil, podem ser ultrapassados e estas ações devem ser admitidas.

Procedendo à análise individual de cada um dos pressupostos da responsabilidade civil do ordenamento jurídico português, vimos desde logo que o facto voluntário do agente corresponde ao erro médico, que nestas ações pode consistir na não deteção ou não comunicação das malformações do feto.

Quanto à ilicitude, não obstante as dificuldades em enquadrar estas pretensões no âmbito da responsabilidade contratual – uma vez que a criança não é parte do contrato -, e na responsabilidade extracontratual – pela objeções em torno da (in)existência de um pretensão direito a “não nascer”-, acreditamos que o caminho a percorrer é outro. Defendemos neste ponto a aplicação da figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, tendo em conta a consideração do nascituro como um terceiro abrangido na esfera de proteção do contrato de serviços médicos celebrado entre o profissional de saúde e os pais da criança. Com recurso a este instituto, verificamos que o médico tem obrigações laterais de conduta para com o a criança não nascida, que consistem deveres de cuidado, proteção e informação, cuja sua inobservância é passível de gerar obrigação em indemnizar à luz da chamada terceira via da responsabilidade civil.

Relativamente ao pressuposto da culpa, vimos que esta existe a título de negligência, pelo facto de o erro médico na análise do DPN se dever à não observância de todas as regras a que o médico está adstrito em virtude das *legis artis*.

No que concerne ao dano, afastamo-nos das vozes que invocam como entrave à admissibilidade das *wrongful life actions* o “paradoxo da não-existência” e a impossibilidade de considerar a vida como um dano. Aqui, propomos que o que se tenha em conta seja a valoração da dor, angústia e sofrimento da criança nascida com deficiências bem como todas as necessidades acrescidas que a sua condição exige. Julgamos, inclusivamente, ser pouco coerente as demandas dos pais contra o médico serem geralmente atendidas, em sede de *wrongful birth*, ao passo que a demanda da criança, que é quem mais sofre, ser quase sempre rejeitada.

Entendemos que a atribuição de uma indemnização à criança não constitui uma violação do princípio da dignidade humana, por identificar que as deficiências que a sua vida carrega, constitui um prejuízo. Pelo contrário, cremos que uma indemnização vem realçar a dignidade daquela pessoa, contribuindo para atenuar a dor, sofrimento e demais encargos que existem por causa daquelas malformações, tentando assegurar à criança uma vida como o melhor bem estar possível.

Por fim, em relação ao nexo de causalidade, a aparente dificuldade em imputar ao médico o dano verificado, é suprimível pela observação da teoria da causalidade indireta. A par desta teoria, somos também sensíveis à aplicação da teoria do escopo da norma violada, defendendo que certas obrigações (laterias de conduta) do médico à luz do contrato de prestação de serviços de saúde celebrado entre este e os pais, também o obriga perante a criança.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Contratos II, Almedina, 3ª edição, 2012.

BOULAROT, Ana Paula, “As ações de responsabilidade nos casos de vida indevida e nascimento indevido”, in *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

DUNCAN, William C., “Statutory Responses to ‘Wrongful Birth’ and ‘Wrongful Life’ Actions”, *Life and Learning XIV*, 2004.

FOGLIA, Massimo, “Diritto a non nascere (se non sano)”, in *DIGESTO delle Discipline Privatistiche*, UTET GIURIDICA, 2018.

FRADA, Carneiro da, “A Própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, volume I, 2008.

- “Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos nas autoestradas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, volume II, 2005.

GALLEGHER, Kathleen, “Wrongful Life: Should the Action be Allowed?”, in *Louisiana Law Review*, Volume 47, n.º 6, 1987.

GIELSEN, Ivo, “The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”, in *Utrecht Law Review*, volume 8, Issue 2, 2012.

GONZALEZ, José Alberto, *Wrongful Birth, Wrongful Life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

GROBE, Rachel Tranquillo, The Future of the Wrongful Birth Cause of Action, in *Pace Law Review*, Volume 12, Issue 3, 1992.

HANSON, Allan, “Suits for wrongful life, counterfactual, and the nonexistence problem”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, n.º 5, 1996-1997.

JECKER, Nancy, “The ascription of rights in wrongful life suits”, in *Law and Philosophy*, n.º 6, 1987.

LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, volume I, Almedina, 13ª edição, 2016.

MARKESINIS, Basil e UNBERATH, Hannes, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002.

MEE, Jennifer, “Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule”, in *Washington University Law Review*, Volume 70, Issue 3, 1992.

MONTEIRO, Sinde, “Rudimentos de responsabilidade civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005.

PATTINSON, Shaun D., “Wrongful Life Actions as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies” in *Health Law Journal*, volume 7, 1999.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre responsabilidade médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007.

- “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

PINTO, Paulo Mota, “Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

ROCHA, Paula Natércia, "Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou de "vida indevida" e tentativas para a sua superação", in *Revista JULGAR*, n.º 21, novembro de 2018.

RODRIGUES, Carlos Almeida, "A problemática inerente à wrongful life claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa", in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 19, ano 2013.

ROSA, Pires da, "Não existência – um direito", in *Julgar*, n.º 21, 2013.

SIMÕES, Fernando Dias, "Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana", in *Revista de Estudos Politécnicos*, Volume VIII, n.º 13, 2010.

SMITH-GROF, Melissa K., "Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost", in *Missouri Law Review*, Volume 61, Issue 1, 1996.

STRASSER, Mark, "Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One", in *Missouri Law Review*, Volume 64, Issue 1, 1999.

TELLES, Galvão, "Direito das Obrigações", 7ª edição, Coimbra Editora, 1997.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2011.

Jurisprudência Nacional

Acórdão do STJ, de 19.06.2001, Processo n.º 01A1008.

Acórdão do STJ, de 17.01.2013, Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.

Acórdão do STJ de 12.03.2015, Processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

Acórdão do TRL de 30.04.2015 no processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8.

Jurisprudência Estrangeira

Zepeda v. Zepeda, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849.

Gleitman v. Cosgrove, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689.

Park v. Chessin, 02.08.1976, 88 Misc. 2d, 222.

Becker v. Schwartz, 27.12.1978, 46 N.Y.2d, 401.

Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11.06.1980, 106 Cal. App. 3d, 811, 165 Cal. Rprt. 477.

Turpin v. Sortini, 03.05.1982, 31 Cal. 3d, 220.

BGH 18.01.1983, Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen 86, 240.

Arrêt n.º 457, P. Pourvoi n.º N 99-13.701, 17.11.2000.

HR, 18.03.2005, NL, PHR: 2005: AR5213, NJ, 2006, 606.